

Sable Offshore Energy Inc., as agent for and on behalf of the Working Interest Owners of the Sable Offshore Energy Project, ExxonMobil Canada Properties, Shell Canada Limited, Imperial Oil Resources, Mosbacher Operating Ltd., Pengrowth Corporation and ExxonMobil Canada Properties, as operator of the Sable Offshore Energy Project *Appellants*

v.

Ameron International Corporation, Ameron B.V., Allcolour Paint Limited, Amercoat Canada, Rubyco Ltd., Danroh Inc. and Serious Business Inc. *Respondents*

INDEXED AS: SABLE OFFSHORE ENERGY INC. v. AMERON INTERNATIONAL CORP.

2013 SCC 37

File No.: 34678.

2013: March 25; 2013: June 21.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Civil Procedure — Access to justice — Disclosure — Privilege — Promoting Settlement — Settlement privilege — Scope of protection offered by settlement privilege — Appellants entering into Pierringer Agreements with some defendants to multi-party litigation — Non-settling defendants seeking disclosure of amount of settlements prior to trial — Whether amounts of negotiated settlements protected by settlement privilege.

Sable Offshore Energy Inc. sued a number of defendants who had supplied it with paint intended to prevent corrosion of Sable's offshore structures and onshore facilities. Sable also sued several contractors and applicators who had prepared surfaces and

Sable Offshore Energy Inc., mandataire des détenteurs d'une participation de concessionnaire dans le Projet énergétique extracôtier Sable, ExxonMobil Canada Properties, Shell Canada Limited, Imperial Oil Resources, Mosbacher Operating Ltd., Pengrowth Corporation et ExxonMobil Canada Properties, exploitante du Projet énergétique extracôtier Sable *Appelantes*

c.

Ameron International Corporation, Ameron B.V., Allcolour Paint Limited, Amercoat Canada, Rubyco Ltd., Danroh Inc. et Serious Business Inc. *Intimées*

RÉPERTORIÉ : SABLE OFFSHORE ENERGY INC. c. AMERON INTERNATIONAL CORP.

2013 CSC 37

N° du greffe : 34678.

2013 : 25 mars; 2013 : 21 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Procédure civile — Accès à la justice — Divulgence — Privilège — Incitation au règlement — Privilège relatif aux règlements — Portée de la protection offerte par le privilège relatif aux règlements — Ententes de type Pierringer conclues entre les appelantes et quelques défenderesses dans un litige faisant intervenir plusieurs parties — Défenderesses non parties aux règlements cherchant à connaître avant le procès les sommes convenues aux règlements — Les sommes négociées aux ententes sont-elles protégées par le privilège relatif aux règlements?

Sable Offshore Energy Inc. a poursuivi plusieurs défenderesses qui lui avaient fourni de la peinture qui devait prévenir la corrosion des installations extracôtières et installations terrestres de traitement du gaz de Sable. Sable a également poursuivi plusieurs entrepreneurs et

applied the paint. The paint allegedly failed to prevent corrosion. Sable entered into Pierringer Agreements with some of the defendants, allowing those defendants to withdraw from the litigation while permitting Sable's claims against the non-settling defendants to continue. Pierringer Agreements allow one or more defendants in a multi-party proceeding to settle with the plaintiff, leaving the remaining defendants responsible only for the loss they actually caused. All of the terms of those agreements were disclosed to the remaining defendants with the exception of the amounts the parties settled for. The remaining defendants sought disclosure of the settlement amounts.

The trial judge dismissed the application seeking disclosure of the settlement amounts, concluding they were covered by settlement privilege. The Court of Appeal overturned that decision and ordered the amounts disclosed.

Held: The appeal should be allowed.

The purpose of settlement privilege is to promote settlement. Settlements allow parties to reach a mutually acceptable resolution to their dispute without prolonging the personal and public expense and time involved in litigation. Settlement privilege protects the efforts parties make to settle their disputes by ensuring that communications made in the course of those negotiations are inadmissible. The protection is for settlement *negotiations*, whether or not a settlement is reached. That means that successful negotiations are entitled to no less protection than ones that yield no settlement. Since the negotiated amount is a key component of the content of successful negotiations, reflecting the admissions, offers, and compromises made in the course of negotiations, it too is protected by the privilege.

As with other class privileges, there are exceptions. To come within those exceptions, a defendant must show that, on balance, a competing public interest outweighs the public interest in encouraging settlement.

The non-settling defendants have received all the non-financial terms of the Pierringer Agreements. They have access to all the relevant documents and other evidence that was in the settling defendants' possession. They also have the assurance that they will not be held liable for more than their share of damages. As for any concern that the non-settling defendants will be required to pay more

poseurs qui avaient préparé les surfaces et appliqué la peinture. La peinture n'aurait pas prévenu la corrosion. Sable a conclu avec certaines des défenderesses des ententes de type Pierringer qui permettent à ces défenderesses de se retirer du litige alors que les actions intentées par Sable contre les autres défenderesses peuvent suivre leur cours. Les ententes de type Pierringer permettent à un ou plusieurs défendeurs dans une instance multipartite de régler à l'amiable avec le demandeur, ce qui laisse les autres défendeurs responsables uniquement des pertes qu'ils ont effectivement causées. Toutes les modalités de ces ententes, à l'exception des sommes convenues, ont été divulguées aux défenderesses qui restent. Ces dernières ont demandé la divulgation de ces sommes.

Le juge de première instance a conclu que les sommes convenues aux règlements étaient protégées par le privilège relatif aux règlements et elle a rejeté la demande de divulgation. La Cour d'appel a infirmé cette décision et ordonné la divulgation des sommes.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Le privilège relatif aux règlements vise à favoriser les règlements amiables. Le règlement amiable permet aux parties de résoudre leur différend de façon mutuellement satisfaisante sans faire augmenter le coût et la durée d'une poursuite judiciaire pour les personnes concernées et le public. Le privilège protège les démarches prises par les parties pour résoudre leurs différends en assurant l'irrecevabilité des communications échangées lors de ces négociations. La protection couvre les *négociations* en vue d'un règlement, qu'un règlement intervienne ou non. Par conséquent, les négociations fructueuses doivent bénéficier d'une protection au moins égale à celle des négociations qui n'aboutissent pas à un règlement. Puisque la somme négociée constitue un élément clef du contenu de négociations fructueuses et reflète les admissions, offres et compromis faits au cours des négociations, elle aussi est protégée par le privilège relatif aux règlements.

Comme les autres privilèges génériques, ce privilège souffre d'exceptions. Pour en bénéficier, le défendeur doit établir que, tout compte fait, un intérêt public opposé l'emporte sur l'intérêt public à favoriser le règlement.

Toutes les modalités non financières des ententes de type Pierringer ont été communiquées aux défenderesses non parties aux règlements. Ces dernières peuvent consulter tous les documents pertinents et autres éléments de preuve qui étaient en la possession des défenderesses parties aux règlements. Elles ont également reçu l'assurance qu'elles ne seront tenues responsables que de

than their share of damages, it is inherent in Pierringer Agreements that non-settling defendants can only be held liable for their share of the damages and are severally, and not jointly, liable with the settling defendants. The defendants remain fully aware of the claims they must defend themselves against and of the overall amount that Sable is seeking. There is therefore no tangible prejudice created by withholding the amounts of the settlements which can be said to outweigh the public interest in promoting settlements.

Cases Cited

Referred to: *Pierringer v. Hoger*, 124 N.W.2d 106 (1963); *Sparling v. Southam Inc.* (1988), 66 O.R. (2d) 225; *Kelvin Energy Ltd. v. Lee*, [1992] 3 S.C.R. 235; *Rush & Tompkins Ltd. v. Greater London Council*, [1988] 3 All E.R. 737; *Cutts v. Head*, [1984] 1 All E.R. 597; *Middelkamp v. Fraser Valley Real Estate Board* (1992), 71 B.C.L.R. (2d) 276; *Brown v. Cape Breton (Regional Municipality)*, 2011 NSCA 32, 302 N.S.R. (2d) 84; *Amoco Canada Petroleum Co. v. Propak Systems Ltd.*, 2001 ABCA 110, 281 A.R. 185; *Hudson Bay Mining and Smelting Co. v. Wright* (1997), 120 Man. R. (2d) 214; *Dos Santos Estate v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2005 BCCA 4, 207 B.C.A.C. 54; *Unilever plc v. Procter & Gamble Co.*, [2001] 1 All E.R. 783; *Underwood v. Cox* (1912), 26 O.L.R. 303; *Bioriginal Food & Science Corp. v. Sascopack Inc.*, 2012 SKQB 469 (CanLII).

Statutes and Regulations Cited

Civil Procedure Rules (Nova Scotia), rr. 20.02, 20.06.

Authors Cited

Bryant, Alan W., Sidney N. Lederman and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.

Knapp, Peter B. “Keeping the *Pierringer* Promise: Fair Settlements and Fair Trials” (1994), 20 *Wm. Mitchell L. Rev.* 1.

Vaver, David. ““Without Prejudice” Communications — Their Admissibility and Effect” (1974), 9 *U.B.C. L. Rev.* 85.

leur part des dommages. Quant à la crainte que les défenderesses non parties aux règlements soient tenues de payer davantage que leur part des dommages, il est de la nature même des ententes de type Pierringer que les défendeurs non parties à ce genre de règlement ne peuvent être tenus responsables que de leur part des dommages et qu’ils sont responsables individuellement, et non solidairement, avec les défendeurs parties au règlement. Ces défenderesses demeurent pleinement conscientes des poursuites contre lesquelles elles doivent se défendre ainsi que de la somme globale que réclame Sable. Par conséquent, on ne peut affirmer qu’un préjudice tangible créé par le fait de ne pas dévoiler les sommes convenues aux ententes l’emporte sur l’intérêt du public à ce que les règlements amiables soient favorisés.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Pierringer c. Hoger*, 124 N.W.2d 106 (1963); *Sparling c. Southam Inc.* (1988), 66 O.R. (2d) 225; *Kelvin Energy Ltd. c. Lee*, [1992] 3 R.C.S. 235; *Rush & Tompkins Ltd. c. Greater London Council*, [1988] 3 All E.R. 737; *Cutts c. Head*, [1984] 1 All E.R. 597; *Middelkamp c. Fraser Valley Real Estate Board* (1992), 71 B.C.L.R. (2d) 276; *Brown c. Cape Breton (Regional Municipality)*, 2011 NSCA 32, 302 N.S.R. (2d) 84; *Amoco Canada Petroleum Co. c. Propak Systems Ltd.*, 2001 ABCA 110, 281 A.R. 185; *Hudson Bay Mining and Smelting Co. c. Wright* (1997), 120 Man. R. (2d) 214; *Dos Santos Estate c. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2005 BCCA 4, 207 B.C.A.C. 54; *Unilever plc c. Procter & Gamble Co.*, [2001] 1 All E.R. 783; *Underwood c. Cox* (1912), 26 O.L.R. 303; *Bioriginal Food & Science Corp. c. Sascopack Inc.*, 2012 SKQB 469 (CanLII).

Lois et règlements cités

Civil Procedure Rules (Nouvelle-Écosse), règles 20.02, 20.06.

Doctrine et autres documents cités

Bryant, Alan W., Sidney N. Lederman and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2009.

Knapp, Peter B. « Keeping the *Pierringer* Promise : Fair Settlements and Fair Trials » (1994), 20 *Wm. Mitchell L. Rev.* 1.

Vaver, David. « “Without Prejudice” Communications — Their Admissibility and Effect » (1974), 9 *U.B.C. L. Rev.* 85.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (MacDonald C.J.N.S. and Oland and Farrar J.J.A.), 2011 NSCA 121, 310 N.S.R. (2d) 382, 983 A.P.R. 382, 26 C.P.C. (7th) 1, 346 D.L.R. (4th) 68, 12 C.L.R. (4th) 129, [2011] N.S.J. No. 687 (QL), 2011 CarswellNS 893, reversing a decision of Hood J., 2010 NSSC 473, 299 N.S.R. (2d) 216, 947 A.P.R. 216, [2010] N.S.J. No. 713 (QL), 2010 CarswellNS 907. Appeal allowed.

Robert G. Belliveau, Q.C., and Kevin Gibson, for the appellants.

John P. Merrick, Q.C., and Darlene Jamieson, Q.C., for the respondents Ameron International Corporation and Ameron B.V.

Terrence L. S. Teed, Q.C., and Ronald J. Savoy, for the respondents Allcolour Paint Limited, Amercoat Canada, Rubyco Ltd., Danroh Inc. and Serious Business Inc.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — The justice system is on a constant quest for ameliorative strategies that reduce litigation's stubbornly endemic delays, expense and stress. In this evolving mission to confront barriers to access to justice, some strategies for resolving disputes have proven to be more enduringly successful than others. Of these, few can claim the tradition of success rightfully attributed to settlements.

[2] The purpose of settlement privilege is to promote settlement. The privilege wraps a protective veil around the efforts parties make to settle their disputes by ensuring that communications made in the course of these negotiations are inadmissible.

[3] Sable Offshore Energy Inc. sued a number of defendants. It settled with some of them. The

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (le juge en chef MacDonald et les juges Oland et Farrar), 2011 NSCA 121, 310 N.S.R. (2d) 382, 983 A.P.R. 382, 26 C.P.C. (7th) 1, 346 D.L.R. (4th) 68, 12 C.L.R. (4th) 129, [2011] N.S.J. No. 687 (QL), 2011 CarswellNS 893, qui a infirmé une décision de la juge Hood, 2010 NSSC 473, 299 N.S.R. (2d) 216, 947 A.P.R. 216, [2010] N.S.J. No. 713 (QL), 2010 CarswellNS 907. Pourvoi accueilli.

Robert G. Belliveau, c.r., et Kevin Gibson, pour les appelantes.

John P. Merrick, c.r., et Darlene Jamieson, c.r., pour les intimées Ameron International Corporation et Ameron B.V.

Terrence L. S. Teed, c.r., et Ronald J. Savoy, pour les intimées Allcolour Paint Limited, Amercoat Canada, Rubyco Ltd., Danroh Inc. et Serious Business Inc.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Le système de justice est toujours en quête de stratégies d'amélioration propres à réduire les délais, les coûts et le stress obstinément endémiques dans la conduite des litiges. Dans cette mission en évolution en vue d'affronter les obstacles à l'accès à la justice, certaines stratégies de règlement des différends se sont avérées plus durablement efficaces que d'autres. Peu d'entre elles peuvent toutefois prétendre à la tradition de succès que l'on attribue avec raison aux règlements amiables.

[2] Le privilège relatif aux règlements vise à favoriser les règlements amiables. Ce privilège entoure d'un voile protecteur les démarches prises par les parties pour résoudre leurs différends en assurant l'irrecevabilité des communications échangées lors de ces négociations.

[3] Sable Offshore Energy Inc. a poursuivi plusieurs défenderesses et réglé à l'amiable avec

remaining defendants want to know what amounts the parties settled for. The question before us is whether those negotiated amounts should be disclosed or whether they are protected by settlement privilege.

Background

[4] Sable undertook the Sable Offshore Energy Project, whose purpose was the building of several offshore structures and onshore gas processing facilities in Nova Scotia. Ameron International Corporation and Ameron B.V. (Ameron) and Allcolour Paint Limited, Amercoat Canada, Rubyco Ltd., Danroh Inc. and Serious Business Inc. (collectively Amercoat) supplied Sable with paint for parts of the Sable structures. Sable brought three lawsuits alleging that the paint failed to prevent corrosion.

[5] In the lawsuit that is the subject of this appeal, Sable sued Ameron, Amercoat, and 12 other contractors and applicators who were responsible for preparing surfaces and applying the paint coatings. The claims against Ameron and Amercoat were for negligence, negligent misrepresentation and breach of a collateral warranty. The claims against the other defendants were similar.

[6] Sable entered into three Pierringer Agreements with some of the defendants. Named for the 1963 Wisconsin case of *Pierringer v. Hoger*, 124 N.W.2d 106 (Wis. 1963), a Pierringer Agreement allows one or more defendants in a multi-party proceeding to settle with the plaintiff and withdraw from the litigation, leaving the remaining defendants responsible only for the loss they actually caused. There is no joint liability with the settling defendants, but non-settling defendants may be jointly liable with each other.

certaines d'entre elles. Les autres défenderesses veulent connaître les sommes sur lesquelles les parties se sont entendues. Nous avons à décider si ces sommes négociées doivent être divulguées ou si elles sont protégées par le privilège relatif aux règlements.

Contexte

[4] Sable a entrepris le Projet énergétique extracôtier Sable en vue de la construction de plusieurs installations extracôtières et installations terrestres de traitement du gaz en Nouvelle-Écosse. Ameron International Corporation et Ameron B.V. (Ameron) de même que Allcolour Paint Limited, Amercoat Canada, Rubyco Ltd., Danroh Inc. et Serious Business Inc. (collectivement appelées Amercoat) ont fourni à Sable de la peinture pour peindre des sections de ses installations. Sable a engagé trois poursuites dans lesquelles elle prétend que la peinture n'a pas prévenu la corrosion.

[5] Sable a intenté la poursuite faisant l'objet du présent pourvoi contre Ameron, Amercoat et 12 autres entrepreneurs et poseurs chargés de préparer les surfaces et d'appliquer les couches de peinture. Sable a poursuivi Ameron et Amercoat pour négligence, déclaration inexacte faite par négligence et violation d'une garantie accessoire. Les actions visant les autres défenderesses étaient similaires.

[6] Sable a conclu trois ententes de type Pierringer avec certaines des défenderesses. Nommée ainsi en raison de la décision rendue au Wisconsin en 1963 dans l'affaire *Pierringer c. Hoger*, 124 N.W.2d 106 (Wis. 1963), l'entente de type Pierringer permet à un ou à plusieurs défendeurs dans une instance multipartite de régler à l'amiable avec le demandeur et de se retirer du litige, et les autres défendeurs sont responsables uniquement des pertes qu'ils ont effectivement causées. Les défendeurs qui restent ne partagent pas la responsabilité avec ceux qui sont parties à un règlement amiable, mais ils peuvent être tenus conjointement responsables les uns avec les autres.

[7] As part of the terms of the Agreements, Sable agreed to amend its statement of claim against the non-settling defendants to pursue them only for their share of liability. In addition, all the relevant evidence in the possession of the settling defendants, would, in accordance with the Agreements, be given to the Plaintiffs and be discoverable by the non-settling defendants.

[8] Ameron and Amercoat did not settle. All the terms of the Pierringer Agreements were disclosed to Ameron and Amercoat except the amounts agreed to.

[9] These settlement agreements were approved by court order on April 27, 2010. On December 3, 2010, Ameron filed an application pursuant to Rules 20.02 and 20.06 of Nova Scotia's 1972 *Civil Procedure Rules* (which the parties previously agreed would govern the litigation) for disclosure of the settlement amounts paid under the Pierringer Agreements. Sable's position was that the amounts were subject to settlement privilege.

[10] Hood J. dismissed the defendants' application for disclosure of the settlement amounts. She concluded that the public interest was best served by preserving settlement privilege and keeping the settlement amounts confidential. The Court of Appeal overturned that decision and ordered the amounts disclosed.

Analysis

[11] Settlements allow parties to reach a mutually acceptable resolution to their dispute without prolonging the personal and public expense and time involved in litigation. The benefits of settlement were summarized by Callaghan A.C.J.H.C. in *Sparling v. Southam Inc.* (1988), 66 O.R. (2d) 225 (H.C.J.):

[7] Aux termes des ententes, Sable a convenu de modifier sa déclaration à l'encontre des défenderesses non parties aux règlements afin de les poursuivre uniquement pour leur part de la responsabilité. En outre, conformément aux ententes, tous les éléments de preuve pertinents que possèdent les défenderesses parties aux règlements amiables doivent être remis aux demanderesses et peuvent faire l'objet d'une enquête préalable par les autres défenderesses.

[8] Ameron et Amercoat n'ont pas réglé à l'amiable. Toutes les modalités des ententes de type Pierringer leur ont été divulguées à l'exception des sommes convenues.

[9] Ces ententes portant règlement ont été approuvées par ordonnance judiciaire le 27 avril 2010. Le 3 décembre 2010, Ameron a demandé, en application des art. 20.02 et 20.06 des *Civil Procedure Rules* de 1972 de la Nouvelle-Écosse (qui régissent le litige tel que convenu auparavant par les parties), la communication des sommes convenues aux ententes de type Pierringer. Sable a soutenu que les sommes devaient rester assujetties au privilège relatif aux règlements.

[10] La juge Hood a rejeté la demande des défenderesses visant à obtenir communication des sommes convenues aux ententes. Selon elle, l'intérêt public est mieux servi si l'on préserve le privilège relatif aux règlements et l'on assure la confidentialité de ces sommes. La Cour d'appel a infirmé cette décision et ordonné la communication des sommes.

Analyse

[11] Le règlement amiable permet aux parties de résoudre leur différend de façon mutuellement satisfaisante sans faire augmenter le coût et la durée d'une poursuite judiciaire pour les personnes concernées et le public. Le juge en chef adjoint Callaghan a résumé ainsi les avantages du règlement amiable dans *Sparling c. Southam Inc.* (1988), 66 O.R. (2d) 225 (H.C.J.):

. . . the courts consistently favour the settlement of lawsuits in general. To put it another way, there is an overriding public interest in favour of settlement. This policy promotes the interests of litigants generally by saving them the expense of trial of disputed issues, and it reduces the strain upon an already overburdened provincial court system. [p. 230]

This observation was cited with approval in *Kelvin Energy Ltd. v. Lee*, [1992] 3 S.C.R. 235, at p. 259, where L’Heureux-Dubé J. acknowledged that promoting settlement was “sound judicial policy” that “contributes to the effective administration of justice”.

[12] Settlement privilege promotes settlements. As the weight of the jurisprudence confirms, it is a class privilege. As with other class privileges, while there is a *prima facie* presumption of inadmissibility, exceptions will be found “when the justice of the case requires it” (*Rush & Tompkins Ltd. v. Greater London Council*, [1988] 3 All E.R. 737 (H.L.), at p. 740).

[13] Settlement negotiations have long been protected by the common law rule that “without prejudice” communications made in the course of such negotiations are inadmissible (see David Vaver, “‘Without Prejudice’ Communications — Their Admissibility and Effect” (1974), 9 *U.B.C. L. Rev.* 85, at p. 88). The settlement privilege created by the “without prejudice” rule was based on the understanding that parties will be more likely to settle if they have confidence from the outset that their negotiations will not be disclosed. As Oliver L.J. of the English Court of Appeal explained in *Cutts v. Head*, [1984] 1 All E.R. 597, at p. 605:

. . . parties should be encouraged so far as possible to settle their disputes without resort to litigation and should not be discouraged by the knowledge that anything that is said in the course of such negotiations . . . may be used

[TRADUCTION] . . . en général, les tribunaux préfèrent sans exception les règlements amiables. En d’autres termes, il existe un intérêt public prépondérant à ce que les parties en viennent à un règlement. Il s’agit là d’un principe qui sert généralement les intérêts des parties en ce qu’il leur épargne les frais de l’instruction des questions en litige, tout en réduisant la pression exercée sur un système de tribunaux provinciaux déjà surchargé. [p. 230]

Cette observation a été citée avec approbation dans *Kelvin Energy Ltd. c. Lee*, [1992] 3 R.C.S. 235, p. 259, où la juge L’Heureux-Dubé a reconnu que le fait de favoriser le règlement constituait une « saine politique judiciaire » qui « contribue à l’efficacité de l’administration de la justice ».

[12] Le privilège relatif aux règlements favorise la conclusion de règlements. Comme le confirme l’abondance de la jurisprudence à ce sujet, il s’agit d’un privilège générique. Comme pour les autres privilèges génériques, il bénéficie d’une présomption *prima facie* d’inadmissibilité, mais cette présomption souffre d’exceptions [TRADUCTION] « quand les considérations de justice que pose l’espèce le requièrent » (*Rush & Tompkins Ltd. c. Greater London Council*, [1988] 3 All E.R. 737 (H.L.), p. 740).

[13] Les négociations en vue d’un règlement sont protégées depuis longtemps par la règle de la common law suivant laquelle sont inadmissibles les communications faites [TRADUCTION] « sous toutes réserves » au cours de ces négociations (voir David Vaver, « “Without Prejudice” Communications — Their Admissibility and Effect » (1974), 9 *U.B.C. L. Rev.* 85, p. 88). Le privilège relatif aux règlements qui découle de la règle des communications faites « sous toutes réserves » reposait sur l’idée que les parties seront davantage susceptibles de parvenir à un règlement si elles sont confiantes dès le départ que le contenu de leurs négociations ne sera pas divulgué. Comme l’a expliqué le lord juge Oliver, de la Cour d’appel d’Angleterre, dans *Cutts c. Head*, [1984] 1 All E.R. 597, p. 605 :

[TRADUCTION] . . . il faut encourager dans toute la mesure du possible les parties à résoudre leurs différends sans recourir aux tribunaux, et elles ne doivent pas être dissuadées de le faire parce qu’elles savent que tout ce

to their prejudice in the course of the proceedings. They should, as it was expressed by Clauson J in *Scott Paper Co v. Drayton Paper Works Ltd* (1927) 44 RPC 151 at 157, be encouraged freely and frankly to put their cards on the table.

What is said during negotiations, in other words, will be more open, and therefore more fruitful, if the parties know that it cannot be subsequently disclosed.

[14] *Rush & Tompkins* confirmed that settlement privilege extends beyond documents and communications expressly designated to be “without prejudice”. In that case, a contractor settled its action against one defendant, the Greater London Council (the GLC), while maintaining it against the other defendant, the Carey contractors. The House of Lords considered whether communications made in the process of negotiating the settlement with the GLC should be admissible in the ongoing litigation with the Carey contractors. Lord Griffiths reached two conclusions of significance for this case. First, although the privilege is often referred to as the rule about “without prejudice” communications, those precise words are not required to invoke the privilege. What matters instead is the intent of the parties to settle the action (p. 739). Any negotiations undertaken with this purpose are inadmissible.

[15] Lord Griffiths’ second relevant conclusion was that although most cases considering the “without prejudice” rule have dealt with the admissibility of communications once negotiations have failed, the rationale of promoting settlement is no less applicable if an agreement is actually reached. Lord Griffiths explained that a plaintiff in *Rush & Tompkins*’ situation would be discouraged from settling with one defendant if any admissions it made during the course of its negotiations were admissible in its claim against the other:

qui se dit au cours des négociations [. . .] peut être utilisé à leur détriment au cours de l’instance. Comme l’a dit le juge Clauson dans *Scott Paper Co c. Drayton Paper Works Ltd* (1927), 44 RPC 151, p. 157, il faut encourager librement et franchement les parties à jouer cartes sur table.

En d’autres termes, les discussions tenues lors des négociations seront plus transparentes et donneront par le fait même de meilleurs résultats si les parties savent que leur contenu ne pourra pas être dévoilé par la suite.

[14] L’arrêt *Rush & Tompkins* confirme que le privilège relatif aux règlements ne vise pas que les documents et communications expressément qualifiés par les mots « sous toutes réserves ». Dans cette affaire, un entrepreneur a réglé à l’amiable l’action qu’il avait intentée contre l’un des défendeurs, le Greater London Council (le GLC), tout en continuant de poursuivre l’autre défendeur, les entrepreneurs Carey. La Chambre des lords s’est demandée si les communications échangées au cours des négociations du règlement intervenu avec le GLC devraient être admissibles en preuve dans la poursuite en cours contre les entrepreneurs Carey. Le lord juge Griffiths a tiré deux conclusions importantes pour la présente affaire. Tout d’abord, bien que le privilège soit souvent appelé la règle des communications faites « sous toutes réserves », point n’est besoin d’employer ces termes exacts pour l’invoquer. Ce qui compte plutôt, c’est l’intention des parties de régler l’action (p. 739). Le contenu de toute négociation entreprise à cette fin est inadmissible en preuve.

[15] Selon la deuxième conclusion pertinente du lord juge Griffiths, même si la plupart des décisions dans lesquelles on a examiné la règle des communications faites « sous toutes réserves » portent sur l’admissibilité en preuve de ces communications après l’échec des négociations, la raison d’être de l’incitation au règlement amiable vaut tout autant si une entente est effectivement intervenue. Le lord juge Griffiths a précisé qu’un demandeur se trouvant dans la situation de *Rush & Tompkins* serait dissuadé de régler à l’amiable avec un défendeur si toutes les admissions qu’il faisait durant les négociations étaient admissibles en preuve dans sa poursuite visant l’autre défendeur :

In such circumstances it would, I think, place a serious fetter on negotiations . . . if they knew that everything that passed between them would ultimately have to be revealed to the one obdurate litigant. [p. 744]

[16] *Middelkamp v. Fraser Valley Real Estate Board* (1992), 71 B.C.L.R. (2d) 276 (C.A.), subsequently endorsed the view that settlement privilege covers any settlement negotiations. The plaintiff James Middelkamp launched a civil suit against Fraser Valley Real Estate Board claiming that it had engaged in practices that were contrary to the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, and caused him to suffer damages. He also complained about the Board's conduct to the Director of Investigation and Research under different provisions of the *Act*, resulting in an investigation by the Director and criminal charges against the Board. The Board negotiated a settlement with the Department of Justice, leading to the criminal charges being resolved. Middelkamp sought disclosure of any communications made during the course of negotiations between the Board and the Department of Justice. McEachern C.J.B.C. refused to order disclosure of the communications on the basis of settlement privilege, explaining:

. . . the public interest in the settlement of disputes generally requires “without prejudice” documents or communications created for, or communicated in the course of, settlement negotiations to be privileged. I would classify this as a “‘blanket’, *prima facie*, common law, or ‘class’” privilege because it arises from settlement negotiations and protects the class of communications exchanged in the course of that worthwhile endeavour.

In my judgment this privilege protects documents and communications created for such purposes both from production to other parties to the negotiations and to strangers, and extends as well to admissibility, *and whether or not a settlement is reached*. This is because, as I have said, a party communicating a proposal related to settlement, or responding to one, usually has no control over what the other side may do with such

[TRADUCTION] Dans les circonstances, j'estime que, [. . .] si les parties savaient qu'il leur faudrait en fin de compte divulguer toutes leurs communications à la partie inflexible, cela entraverait sérieusement les négociations. [p. 744]

[16] L'opinion selon laquelle le privilège relatif aux règlements s'applique à toute négociation en vue d'un règlement a été acceptée par la suite dans *Middelkamp c. Fraser Valley Real Estate Board* (1992), 71 B.C.L.R. (2d) 276 (C.A.). Le demandeur, James Middelkamp, a exercé un recours au civil contre le Fraser Valley Real Estate Board (la chambre immobilière), prétendant que cette dernière s'était livrée, à son détriment, à des pratiques contraires à la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34. Il s'est également plaint de la conduite de la chambre immobilière au directeur des enquêtes et recherches en vertu de dispositions différentes de cette *Loi*, ce qui a mené à une enquête du directeur et au dépôt d'accusations criminelles contre la chambre immobilière. Cette dernière a négocié avec le ministère de la Justice le règlement des accusations criminelles, et ces négociations ont porté fruit. M. Middelkamp a demandé la divulgation de toutes les communications échangées au cours des négociations entre la chambre immobilière et le ministère de la Justice. Le juge en chef McEachern a expliqué en ces termes son refus d'ordonner la divulgation des communications en raison du privilège relatif aux règlements :

[TRADUCTION] . . . l'intérêt que porte le public au règlement des différends requiert généralement que les documents créés et les communications échangées « sous toutes réserves » au cours de négociations en vue d'un règlement restent assujettis au privilège. Je qualifierais ce privilège de « “général”, *prima facie*, de la common law, ou “générique” », parce qu'il découle des négociations en vue d'un règlement et protège la catégorie des communications échangées durant cette initiative valable.

À mon sens, ce privilège empêche que les documents créés et les communications échangées en vue d'un règlement soient divulgués tant aux autres parties aux négociations qu'aux tiers, et il touche également l'admissibilité de la preuve, *qu'un règlement intervienne ou non*. Il en est ainsi parce que, comme je l'ai déjà dit, une partie qui présente une proposition de règlement amiable ou qui répond à une telle proposition n'exerce habituellement

documents. Without such protection, the public interest in encouraging settlements will not be served. [Emphasis added; paras. 19-20.]

[17] As McEachern C.J.B.C. pointed out, the protection is for settlement negotiations, whether or not a settlement is reached. That means that successful negotiations are entitled to no less protection than ones that yield no settlement. The reasoning in *Brown v. Cape Breton (Regional Municipality)*, 2011 NSCA 32, 302 N.S.R. (2d) 84, is instructive. A plaintiff brought separate claims against two defendants for unrelated injuries to the same knee. She settled with one defendant and the Court of Appeal had to consider whether the trial judge was right to order disclosure of the amount of the settlement to the remaining defendant. Bryson J.A. found that disclosure should not have been ordered since a principled approach to settlement privilege did not justify a distinction between settlement negotiations and what was ultimately negotiated:

Some of the cases distinguish between extending privilege from negotiations to the concluded agreement itself. . . . *The distinction . . . is arbitrary.* The reasons for protecting settlement communications from disclosure are not usually spent when a deal is made. *Typically parties no more wish to disclose to the world the terms of their agreement than their negotiations in achieving it.* [Emphasis added; para. 41.]

Notably, this is the view taken in Alan W. Bryant, Sidney N. Lederman and Michelle K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (3rd ed. 2009), where the authors conclude:

. . . the privilege applies not only to failed negotiations, but also to the *content of successful negotiations*, so long as the existence or interpretation of the agreement itself is not in issue in the subsequent proceedings and

aucun contrôle sur l'utilisation que peut faire la partie adverse des documents en question. Écarter cette protection serait contraire à l'intérêt public qui favorise les règlements amiables. [Italiques ajoutés; par. 19-20.]

[17] Comme l'a souligné le juge en chef McEachern, le privilège protège les négociations en vue d'un règlement, qu'un règlement intervienne ou non. Par conséquent, les négociations fructueuses doivent bénéficier d'une protection au moins égale à celle des négociations qui n'aboutissent pas à un règlement. Le raisonnement adopté dans *Brown c. Cape Breton (Regional Municipality)*, 2011 NSCA 32, 302 N.S.R. (2d) 84, est révélateur. La demanderesse a intenté des poursuites distinctes contre un défendeur et une défenderesse pour des blessures différentes subies au même genou. Elle a conclu un règlement amiable avec le défendeur et la Cour d'appel devait décider si le juge du procès avait eu raison d'ordonner que la somme convenue au règlement soit communiquée à la défenderesse dans l'autre poursuite. Le juge Bryson a conclu que la communication n'aurait pas dû être ordonnée puisqu'une analyse du privilège relatif aux règlements fondée sur des principes ne justifiait pas que l'on établisse une distinction entre les *négociations* en vue d'un règlement et l'entente finalement négociée :

[TRADUCTION] Certaines décisions font une distinction entre l'application du privilège aux négociations et son application à l'entente elle-même. [. . .] *La distinction [. . .] est arbitraire.* Les raisons pour lesquelles on met les communications en vue d'un règlement à l'abri de leur divulgation ne deviennent généralement pas caduques à la conclusion d'une entente. *D'habitude, les parties ne sont pas plus disposées à dévoiler publiquement les modalités de leur entente que le contenu des négociations ayant abouti à celle-ci.* [Italiques ajoutés; par. 41.]

Il convient de signaler que c'est le point de vue retenu par Alan W. Bryant, Sidney N. Lederman et Michelle K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (3^e éd. 2009), où ils concluent :

[TRADUCTION] . . . le privilège s'applique non seulement aux négociations qui ont échoué, mais également au *contenu des négociations fructueuses*, dès lors que l'existence ou l'interprétation de l'entente elle-même ne

none of the exceptions are applicable. [Emphasis added; §14.341.]

[18] Since the negotiated amount is a key component of the “content of successful negotiations”, reflecting the admissions, offers, and compromises made in the course of negotiations, it too is protected by the privilege. I am aware that some earlier jurisprudence did not extend the privilege to the concluded agreement (see *Amoco Canada Petroleum Co. v. Propak Systems Ltd.*, 2001 ABCA 110, 281 A.R. 185, at para. 40, citing *Hudson Bay Mining and Smelting Co. v. Wright* (1997), 120 Man. R. (2d) 214 (Q.B.)), but in my respectful view, it is better to adopt an approach that more robustly promotes settlement by including its content.

[19] There are, inevitably, exceptions to the privilege. To come within those exceptions, a defendant must show that, on balance, “a competing public interest outweighs the public interest in encouraging settlement” (*Dos Santos Estate v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2005 BCCA 4, 207 B.C.A.C. 54, at para. 20). These countervailing interests have been found to include allegations of misrepresentation, fraud or undue influence (*Unilever plc v. Procter & Gamble Co.*, [2001] 1 All E.R. 783 (C.A. Civ. Div.), *Underwood v. Cox* (1912), 26 O.L.R. 303 (Div. Ct.)), and preventing a plaintiff from being overcompensated (*Dos Santos*).

[20] The non-settling defendants argue that there should be an exception to the privilege for the amounts of the settlements because they say they need this information to conduct their litigation. I see no tangible prejudice created by withholding the amounts of the settlements which can be said to outweigh the public interest in promoting settlements.

[21] The particular settlements negotiated in this case are known as Pierringer Agreements. Pierringer Agreements were developed in the United States to address the obstacles to settlement that arose in multi-party litigation. Professor Peter B. Knapp

sont pas en jeu dans l’instance subséquente et qu’aucune des exceptions au privilège ne s’applique. [Italiques ajoutés; §14.341.]

[18] Puisque la somme négociée constitue un élément clef du « contenu de négociations fructueuses », et reflète les admissions, offres et compromis faits au cours des négociations, elle est elle aussi protégée par le privilège. Je sais que dans certaines décisions plus anciennes, les tribunaux n’ont pas appliqué le privilège à l’entente (voir *Amoco Canada Petroleum Co. c. Propak Systems Ltd.*, 2001 ABCA 110, 281 A.R. 185, par. 40, citant *Hudson Bay Mining and Smelting Co. c. Wright* (1997), 120 Man. R. (2d) 214 (B.R.)), mais il vaut mieux à mon avis adopter une approche qui favorise avec plus de vigueur le règlement amiable en en protégeant le contenu.

[19] Le privilège souffre inévitablement d’exceptions. Pour en bénéficier, le défendeur doit établir que, tout compte fait, [TRADUCTION] « un intérêt public opposé l’emporte sur l’intérêt public à favoriser le règlement amiable » (*Dos Santos Estate c. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2005 BCCA 4, 207 B.C.A.C. 54, par. 20). On a retenu parmi ces intérêts opposés les allégations de déclaration inexacte, la fraude ou l’abus d’influence (*Unilever plc c. Procter & Gamble Co.*, [2001] 1 All E.R. 783 (C.A. div. civ.), *Underwood c. Cox* (1912), 26 O.L.R. 303 (C. div.)), et la prévention de la surindemnisation du demandeur (*Dos Santos*).

[20] Les défenderesses non parties aux règlements amiables soutiennent que les sommes convenues aux ententes devraient faire l’objet d’une exception au privilège parce qu’elles disent avoir besoin de ces renseignements pour la conduite de leur litige. Je ne vois, dans le fait de ne pas dévoiler les sommes convenues aux ententes, aucun préjudice tangible qui l’emporte sur l’intérêt du public à ce que les règlements amiables soient favorisés.

[21] Les ententes particulières négociées en l’espèce sont dites des ententes de type Pierringer. L’entente de type Pierringer a été conçue aux États-Unis pour surmonter les obstacles au règlement amiable qui se dressent dans les litiges faisant

summarized the value — and complexity — of trying to settle multi-party litigation as follows:

Settlement of complicated multi-defendant civil litigation is particularly valuable, because complicated civil trials can consume enormous amounts of a judge's time and can be expensive for the parties. However, settling multi-defendant civil litigation can be especially difficult. Different defendants have different tolerances for risk, and some defendants are simply far less willing to settle than others.

(“Keeping the *Pierringer* Promise: Fair Settlements and Fair Trials” (1994), 20 *Wm. Mitchell L. Rev.* 1, at p. 5)

[22] Professor Knapp also explained why, prior to *Pierringer* Agreements, settlements had been difficult to encourage:

On one hand, a plaintiff contemplating settlement with one of several defendants faced the possibility that release of the one defendant would also extinguish all claims against the nonsettling defendants. On the other hand, in jurisdictions which permitted contribution among joint tortfeasors, a settling defendant faced the possibility of post-settlement contribution claims made by the nonsettling defendants. [pp. 6-7]

[23] In the United States, *Pierringer* Agreements were found to significantly attenuate the obstacles in the way of negotiating settlements in multi-party litigation. Under a *Pierringer* Agreement, the plaintiff's claim was only “extinguished” against those defendants with whom it settled; the claims against the non-settling defendants continued. The settling defendants, meanwhile, were assured that they could not be subject to a contribution claim from the non-settling defendants, who would be accountable only for their own share of liability at trial.

intervenir plusieurs parties. Le professeur Peter B. Knapp a résumé ainsi la valeur — et la complexité — des efforts déployés pour régler à l'amiable un litige de ce genre :

[TRADUCTION] Le règlement amiable des litiges civils mettant en cause plusieurs défendeurs a une valeur particulièrement grande du fait que le juge peut devoir consacrer énormément de temps à des procès civils qui peuvent s'avérer coûteux pour les parties. Cependant, il est parfois particulièrement difficile de régler à l'amiable un litige de cette nature. La tolérance au risque varie d'un défendeur à l'autre, et certains défendeurs sont tout simplement beaucoup moins disposés que d'autres à régler à l'amiable.

(« Keeping the *Pierringer* Promise : Fair Settlements and Fair Trials » (1994), 20 *Wm. Mitchell L. Rev.* 1, p. 5)

[22] Le professeur Knapp a aussi expliqué les raisons pour lesquelles il était difficile, avant l'avènement des ententes de type *Pierringer*, d'inciter les parties à en venir à un règlement :

[TRADUCTION] D'une part, le demandeur qui songait à régler à l'amiable avec l'un des défendeurs courait le risque que l'abandon de la poursuite contre ce défendeur éteigne toutes les réclamations à l'égard des défendeurs non parties au règlement. D'autre part, dans les ressorts où les coauteurs du délit pouvaient devoir verser une contribution, le défendeur partie au règlement s'exposait au risque que les autres défendeurs lui réclament une contribution après le règlement. [p. 6-7]

[23] Aux États-Unis, on a estimé que les ententes de type *Pierringer* réduisaient sensiblement les obstacles à la négociation de règlements amiables dans les litiges faisant intervenir plusieurs parties. Aux termes d'une entente de ce genre, l'action du demandeur ne « prend fin » qu'à l'égard des défendeurs avec qui il a réglé à l'amiable; les actions intentées contre les défendeurs non parties au règlement suivent leur cours. Quant aux défendeurs qui sont parties au règlement, ils obtiennent l'assurance qu'ils ne seront pas mis à contribution par les autres défendeurs, et au procès, ces derniers ne devront rendre compte que de leur propre part de la responsabilité.

[24] Pierringer Agreements in Canada built on these American foundations and routinely included additional protections for non-settling defendants, such as requiring that non-settling defendants be given access to the settling defendants' evidence. In this case, for example, the court order approving the settlement required that the plaintiffs get production of all relevant evidence from the settling defendants and make this evidence available to the non-settling defendants on discovery. It also ordered that, with respect to factual matters, there be no restrictions on the non-settling defendants' access to experts retained by the settling defendants. In addition, the Agreements in this case specified that their non-financial terms would be disclosed to the court and non-settling defendants "to the extent required by the laws of the Province of Nova Scotia and the rulings and ethical guidelines promulgated by the Nova Scotia Barristers' Society" (A.R., at pp. 142 and 184).

[25] The non-settling defendants have in fact received all the non-financial terms of the Pierringer Agreements. They have access to all the relevant documents and other evidence that was in the settling defendants' possession. They also have the assurance that they will not be held liable for more than their share of damages. Moreover, Sable agreed that at the end of the trial, once liability had been determined, it would disclose to the trial judge the amounts it settled for. As a result, should the non-settling defendants establish a right to set-off in this case, their liability for damages will be adjusted downwards if necessary to avoid overcompensating the plaintiff.

[26] As for any concern that the non-settling defendants will be required to pay more than their share of damages, it is inherent in Pierringer Agreements that non-settling defendants can only

[24] Au Canada, les ententes de type Pierringer se sont constituées sur ces assises américaines et elles ont prévu couramment d'autres mesures protectrices à l'égard des défendeurs non parties au règlement, comme l'obligation de leur donner accès à la preuve des défendeurs qui sont parties à ce règlement. En l'espèce, par exemple, l'ordonnance par laquelle le tribunal a donné son aval au règlement amiable exigeait que les demanderesse obtiennent communication de toute la preuve pertinente de la part des défenderesses parties aux règlements amiables et qu'elles mettent cette preuve à la disposition des défenderesses non parties au règlement aux fins d'enquête préalable. L'ordonnance accordait aussi à ces défenderesses, en ce qui concerne les questions de fait, la faculté d'avoir recours sans restriction aux experts retenus par les défenderesses parties aux règlements. De plus, les ententes en l'espèce précisaient que leurs modalités non financières seraient communiquées à la cour et aux défenderesses non parties aux règlements [TRADUCTION] « dans la mesure requise par les lois de la Nouvelle-Écosse ainsi que les décisions et le code de déontologie de la Nova Scotia Barristers' Society » (d.a., p. 142 et 184).

[25] Toutes les modalités non financières des ententes de type Pierringer ont effectivement été communiquées aux défenderesses non parties aux règlements. Elles peuvent consulter tous les documents pertinents et autres éléments de preuve qui étaient en la possession des défenderesses parties aux règlements. On leur a également donné l'assurance qu'elles ne seront tenues responsables que de leur part des dommages. De plus, Sable a accepté de divulguer les sommes convenues au juge de première instance au terme du procès, une fois la responsabilité établie. Par conséquent, si les défenderesses non parties aux règlements établissaient leur droit à une compensation en l'espèce, leur responsabilité en dommages-intérêts sera revue à la baisse en cas de besoin pour éviter une surindemnisation des demanderesse.

[26] Quant à la crainte que les défenderesses non parties aux règlements soient tenues de payer davantage que leur part des dommages, il est de la nature même des ententes de type Pierringer que

be held liable for their share of the damages and are severally, and not jointly, liable with the settling defendants.

[27] It is therefore not clear to me how knowledge of the settlement amounts materially affects the ability of the non-settling defendants to know and present their case. The defendants remain fully aware of the claims they must defend themselves against and of the overall amount that Sable is seeking. It is true that knowing the settlement amounts might allow the defendants to revise their estimate of how much they want to invest in the case, but this, it seems to me, does not rise to a sufficient level of importance to displace the public interest in promoting settlements.

[28] The non-settling defendants also argued that refusing disclosure impedes their own possible settlement initiatives since they are more likely to settle if they know the settlement amounts already negotiated. Perhaps. But they may also, depending on the amounts, arguably come to see them as a disincentive. In any event, theirs is essentially a circular argument that the interest in *subsequent* settlement outweighs the public interest in encouraging the *initial* settlement. But the likelihood of an initial settlement decreases if the amount is disclosable.

[29] Someone has to go first, and encouraging that first settlement in multi-party litigation is palpably worthy of more protection than the speculative assumption that others will only follow if they know the amount. The settling defendants, after all, were able to come to a negotiated amount without the benefit of a guiding settlement precedent. The non-settling defendants' position is no worse. As Smith J. noted in protecting the settlement amount

les défendeurs non parties à ce genre de règlement ne peuvent être tenus responsables que de leur part des dommages et qu'ils sont responsables individuellement, et non solidairement, avec les défendeurs parties au règlement.

[27] Je ne vois donc pas en quoi la connaissance des sommes convenues aux ententes influe matériellement sur l'aptitude des défenderesses non parties au règlement à connaître et à présenter leurs arguments. Ces défenderesses demeurent pleinement conscientes des poursuites contre lesquelles elles doivent se défendre ainsi que de la somme globale que réclame Sable. Certes, le fait de connaître les sommes convenues aux ententes pourrait permettre aux défenderesses de revoir leur estimation de la somme qu'elles veulent investir pour se défendre, mais la connaissance de ces sommes ne me semble pas suffisamment importante pour écarter l'intérêt public à favoriser les règlements amiables.

[28] Les défenderesses non parties aux règlements ont aussi plaidé que le refus de divulgation fait obstacle à leurs propres projets potentiels de règlement amiable, car elles seraient plus enclines à régler à l'amiable si elles connaissaient les sommes déjà négociées. Peut-être. Mais elles pourraient aussi, par contre, selon les sommes en cause, en venir à considérer ces sommes comme un élément dissuasif. De toute façon, leur argument est essentiellement circulaire, car il revient à dire que l'intérêt à favoriser un règlement amiable *subsequent* l'emporte sur l'intérêt public à favoriser le règlement amiable *initial*. Mais la probabilité de parvenir à un règlement amiable au départ diminue si la somme convenue peut être divulguée.

[29] Quelqu'un doit faire le premier pas, et l'incitation au premier règlement d'un litige mettant aux prises plusieurs parties mérite clairement une plus grande protection que l'hypothèse conjecturale voulant que d'autres parties n'emboîteront le pas que si elles connaissent la somme convenue. Après tout, les défenderesses parties aux règlements amiables sont parvenues à négocier une somme en l'absence d'un règlement antérieur comme modèle.

from disclosure in *Bioriginal Food & Science Corp. v. Sascopack Inc.*, 2012 SKQB 469 (CanLII):

. . . imperfect knowledge is virtually always the case in settlement negotiations. There are always knowns and known unknowns . . . [para. 33]

And Bryson J.A. compellingly summarized the competing arguments in *Brown* as follows:

Some courts have argued that it is necessary to go further and disclose the settlement amount itself. They hold either that the agreement (unlike negotiations) is not privileged or that the settling parties have an advantage which should be redressed by disclosure. . . . If indeed settling parties thereby enjoy an advantage over non-settling parties, it is one for which they have bargained. The court should hesitate to expropriate that advantage by ordering disclosure at the instance of non-settling parties, intransigent or otherwise. The argument that disclosure would facilitate settlement amongst the remaining parties ignores that, but for the privilege, the first settlement would often not occur. [Citations omitted; para. 67.]

[30] A proper analysis of a claim for an exception to settlement privilege does not simply ask whether the non-settling defendants derive some tactical advantage from disclosure, but whether the reason for disclosure *outweighs* the policy in favour of promoting settlement. While protecting disclosure of settlement negotiations and their fruits has the demonstrable benefit of promoting settlement, there is little corresponding harm in denying disclosure of the settlement amounts in this case.

[31] I would therefore allow the appeal with costs throughout.

Les défenderesses non parties aux règlements ne se trouvent pas dans une pire situation qu'elles. Comme l'a fait remarquer le juge Smith quand il a refusé la divulgation de la somme convenue à l'entente dans *Bioriginal Food & Science Corp. c. Sascopack Inc.*, 2012 SKQB 469 (CanLII) :

[TRADUCTION] . . . dans pratiquement tous les cas de négociation en vue d'un règlement amiable, les parties ne savent pas tout. Il y a toujours des éléments connus et des éléments que l'on sait inconnus . . . [par. 33]

Et le juge Bryson a résumé de manière convaincante en ces termes les arguments contradictoires dans *Brown* :

[TRADUCTION] Certains tribunaux sont d'avis qu'il faut aller plus loin et divulguer la somme convenue à l'entente. Ils affirment soit que l'entente (contrairement aux négociations) ne fait pas l'objet d'un privilège, soit que les parties au règlement amiable disposent d'un avantage auquel il doit être remédié par la divulgation. [. . .] Si les parties qui en viennent à un règlement bénéficient vraiment de ce fait d'un avantage aux dépens des autres parties, c'est un avantage qu'elles ont négocié. Les tribunaux devraient hésiter à leur enlever cet avantage en leur ordonnant de dévoiler la somme à la demande des parties qui n'ont pas réglé à l'amiable parce qu'elles se sont montrées inflexibles ou pour d'autres raisons. L'argument selon lequel la divulgation favoriserait un règlement entre les autres parties ne tient pas compte du fait que souvent, s'il n'y avait pas de privilège, il n'y aurait pas de premier règlement. [Références omises; par. 67.]

[30] Pour analyser comme il se doit la revendication d'une exception au privilège relatif aux règlements, il ne faut pas se demander simplement si les défendeurs non parties au règlement tirent un quelconque avantage tactique de la divulgation, mais si le motif de la divulgation *l'emporte* sur le principe suivant lequel il faut favoriser les règlements amiables. Bien que le fait d'empêcher la divulgation du contenu et des résultats des négociations en vue d'un règlement ait l'avantage évident de favoriser les règlements amiables, le refus de divulguer les sommes convenues aux ententes en l'espèce ne cause guère de préjudice corrélatif.

[31] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Appeal allowed with costs throughout.

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours.

Solicitors for the appellants: McInnes Cooper, Halifax.

Procureurs des appelantes : McInnes Cooper, Halifax.

Solicitors for the respondents Ameron International Corporation and Ameron B.V.: Merrick Jamieson Sterns Washington & Mahody, Halifax.

Procureurs des intimées Ameron International Corporation et Ameron B.V. : Merrick Jamieson Sterns Washington & Mahody, Halifax.

Solicitors for the respondents Allcolour Paint Limited, Amercoat Canada, Rubyco Ltd., Danroh Inc. and Serious Business Inc.: Bingham Law, Moncton.

Procureurs des intimées Allcolour Paint Limited, Amercoat Canada, Rubyco Ltd., Danroh Inc. et Serious Business Inc. : Bingham Law, Moncton.